

OPINIÓN N° 054-2019/DTN

Entidad: Pedro Luis Robles Reyna

Asunto: Fuentes para la elaboración del estudio de posibilidades que ofrece el mercado.

Referencia: Comunicación S/N recibida el 05.MAR.2019

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Señor Pedro Luis Robles Reyna formula varias consultas vinculadas a las fuentes de información a utilizarse en el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado y la determinación del valor referencial.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 (en adelante, la “Ley”), y el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**anterior Ley**” a la aprobada mediante Decreto Supremo N° 1017, vigente hasta el 8 de enero de 2016.
- “**anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente hasta el 8 de enero de 2016.

Las consultas formuladas son las siguientes:

2.1 “*¿Se debe interpretar que la pertinencia de realizar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se va a contratar, establecido en el artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 11° y 12° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, contienen un mandato imperativo de realizar ajustes a la estructura de costos o estructura económica anexada a los términos de referencia?*” (Sic).

2.1.1 En primer lugar, debe indicarse que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 de la anterior Ley y 11 del anterior Reglamento, era competencia del área usuaria de la Entidad definir en las especificaciones técnicas o términos de

referencia, según se trate de bienes o servicios, respectivamente, las características técnicas, condiciones, cantidad y calidad del bien o servicio requerido para satisfacer su necesidad.

De otro lado, los artículos 27 de la anterior Ley y 12 del anterior Reglamento establecían que **era competencia del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad determinar el valor referencial**; para tal efecto, sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, dicho órgano debía realizar un estudio de las posibilidades que ofrecía el mercado.

En esa misma línea, el segundo párrafo del artículo 12 del anterior Reglamento precisaba que, para realizar el estudio de las posibilidades que ofrecía el mercado, debían emplearse, por lo menos, dos (2) fuentes¹ como: Presupuestos y cotizaciones actualizados, que provinieran de personas naturales o jurídicas que se dedicaran las actividades materia de la convocatoria, incluyendo a fabricantes cuando correspondiera; páginas webs de proveedores; catálogos; precios históricos; **estructuras de costos**²; información de procesos con Buena Pro consentida publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE; u otras que resultaran adecuadas según el objeto de la contratación y sus características particulares. Estas fuentes permitían al órgano encargado de las contrataciones recabar información relevante sobre los precios y demás condiciones del mercado, a partir de la cual determinaba el valor referencial.

Como puede advertirse, la estructura de costos constituía una de las fuentes que el órgano encargado de las contrataciones de una Entidad podía emplear para realizar el estudio de las posibilidades que ofrecía el mercado; **puediendo ser elaborada por la propia Entidad o por los mismos proveedores**.

En cuanto a este último punto, debe indicarse que **el área usuaria se encontraba habilitada a remitir junto con su requerimiento una estructura de costos que reflejara aquellos elementos que incidían en el precio del bien o servicio requerido**; no obstante, de advertirse algún tipo de error o incongruencia en dicho documento, el órgano encargado de las contrataciones y el área usuaria realizaban las coordinaciones pertinentes a fin de corregir aquellos extremos que correspondieran. Ahora bien, en caso que el área usuaria no hubiese adjuntado una estructura de costos a su requerimiento, el órgano encargado de las contrataciones podía hacerse cargo de su formulación³ o en su defecto, recurrir al mercado, solicitando dicha información a los proveedores.

¹ No obstante, debe tenerse en cuenta que, en caso hubiese existido la imposibilidad de consultar más de una fuente, la Entidad debía fundamentar tal situación en el resumen ejecutivo del valor referencial que se publicaba conjuntamente con la convocatoria del respectivo proceso de selección.

² De conformidad con lo expuesto en la Opinión N° 179-2015/DTN, para emplear la “estructura de costos” como fuente de información en el estudio de posibilidades que ofrecía el mercado, a efectos de determinar el valor referencial, la misma debía representar el conjunto de recursos que componían un determinado objeto de costos (por ejemplo un bien o servicio) ordenados por rubros, de manera que permitiera identificar la proporción que cada uno de estos representa respecto del objeto de costos que componían, por lo general en términos monetarios.

³ De acuerdo con lo señalado en la Opinión N° 077-2013/DTN “...cuando el órgano encargado de las contrataciones opte por formular una estructura de costos para usarla como fuente en el estudio de posibilidades que ofrece el mercado, puede requerir el apoyo del área usuaria para su elaboración, a fin que la estructura refleje todos los costos que inciden en el precio del bien o servicio requerido por dicha área. Sin embargo, el apoyo que el área usuaria le brinde al órgano encargado de las contrataciones no enervará la competencia y responsabilidad de este último por la determinación

Una vez recabadas y analizadas las fuentes de información que emplearía para elaborar el estudio de posibilidades que ofrecía el mercado, correspondía al órgano encargado de las contrataciones definir el monto del valor referencial, según la metodología o criterio que hubiese sido acorde a la información obtenida y a las condiciones propias de la contratación. En este punto, cabe precisar que si bien la anterior normativa de contrataciones del Estado otorgaba al órgano encargado de las contrataciones cierto grado de discrecionalidad para poder elegir y utilizar las fuentes que considerara pertinentes para realizar el estudio de las posibilidades que ofrecía el mercado, así como la metodología o criterio que aplicaría a la información recabada para poder determinar el monto del valor referencial; dicha discrecionalidad tenía como límite la observancia de los principios que inspiraban la contratación pública, recogidos en el artículo 4 de la anterior Ley, conforme lo dispuso el segundo párrafo del artículo 46 de la anterior Ley⁴.

Por tanto, el hecho de que el área usuaria remitiera una estructura de costos junto con su requerimiento no enervaba, en forma alguna, la competencia y responsabilidad del órgano encargado de las contrataciones, puesto que este último era quien debía definir las fuentes que resultaran adecuadas para realizar el estudio de posibilidades que ofrecía el mercado y, sobre la base de ello, establecía los criterios para una correcta determinación del valor referencial.

- 2.1.2 Aclarado lo anterior, debe indicarse que de acuerdo con el numeral 6 del artículo 12 del anterior Reglamento, la realización del estudio de las posibilidades que ofrecía el mercado servía para definir, además del valor referencial, otros aspectos importantes, tales como la pertinencia de realizar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se iba a contratar.

De esta manera, a partir del resultado del estudio de posibilidades que ofrecía el mercado (entre otras fuentes), el órgano encargado de las contrataciones podía determinar la pertenencia de ajustar las características técnicas o condiciones del objeto de la contratación descritas en las especificaciones técnicas o términos de referencia, con la finalidad de precisarlas, adecuarlas a la tecnología vigente, incorporar condiciones de mercado, entre otras acciones.

Sin embargo, dado que en principio era competencia del área usuaria definir las especificaciones técnicas o términos de referencia, para poder realizar ajustes a estos era necesario que el órgano encargado de las contrataciones solicitara la autorización del área usuaria.

- 2.2 ***“¿La obligación contenida en el artículo 13° de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 11° y 12° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado implicaría que el órgano encargado de las contrataciones también es responsable de la estructura de costos o estructura económica mal elaborada?”***
(Sic).

del valor referencial.” (El subrayado es agregado).

⁴ ***“Artículo 46.- De las responsabilidades y sanciones***
(...)

En caso que las normas permiten márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a los principios establecidos en el artículo 4 del presente Decreto Legislativo.”

- 2.2.1 Tal como se ha señalado previamente, el área usuaria podía remitir junto con su requerimiento una estructura de costos que reflejara aquellos elementos que incidían en el precio del bien o servicio requerido; de advertirse algún tipo error o incongruencia en dicho documento, el órgano encargado de las contrataciones y el área usuaria realizaban las coordinaciones pertinentes a fin de corregir aquellos extremos que correspondieran.

Ahora bien, resulta importante resaltar que el hecho de que el área usuaria remitiera una estructura de costos junto con su requerimiento no enervaba, en forma alguna, la competencia y responsabilidad del órgano encargado de las contrataciones, puesto que este último era quien debía definir las fuentes que resultaran adecuadas para realizar el estudio de posibilidades que ofrecía el mercado y, sobre la base de ello, establecía los criterios para una correcta determinación del valor referencial.

- 2.3 *“¿Para la determinación del valor referencial bajo el sistema de contratación a suma alzada, es obligatorio tomar en cuenta solo las cotizaciones que hayan sido elaboradas bajo los mismos alcances y detalles que la estructura de costos remitida junto a los términos de referencia, o lo que importa es el monto total obtenido producto de la solicitud de cotizaciones no siendo relevante el detalle de la composición de la estructura económica o de costos?”* (Sic).

- 2.3.1 Al respecto, debe reiterarse que para la elaboración del estudio de posibilidades que ofrecía el mercado y *-por consiguiente-* para la determinación del valor referencial, el órgano encargado de las contrataciones debía emplear, por lo menos, dos (2) fuentes de información; para tal efecto, las Entidades podían recurrir a una serie de fuentes dentro de las cuales se encontraban los **presupuestos y cotizaciones** provenientes de personas *-naturales o jurídicas-* dedicadas a actividades materia de la convocatoria, así como, las **estructuras de costos**, independientemente de que el sistema de contratación empleado hubiera sido el de precios unitarios o a suma alzada.

De esta manera, el área usuaria podía remitir junto con su requerimiento una estructura de costos que reflejara aquellos elementos que incidían en el precio del bien o servicio requerido, a efectos de esta pudiese servir como una fuente (entre otras) para la elaboración del estudio de posibilidades que ofrece el mercado.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la anterior normativa de contrataciones del Estado no establecía que las cotizaciones debían ser elaboradas bajo los mismos alcances que la estructura de costos remitida por el área usuaria junto con su requerimiento, de esta manera, al margen de lo detallado en la estructura de costos, los proveedores debían cumplir con elaborar las cotizaciones incluyendo todos aquellos conceptos que incidían en el valor total de la prestación⁵. En consecuencia, **la estructura de costos que se hubiera adjuntado al requerimiento tenía un carácter meramente referencial para la formulación de cotizaciones⁶.**

⁵ De conformidad con lo señalado en el artículo 13 del anterior Reglamento, el cual dispuso lo siguiente: “*El valor referencial se calculará incluyendo todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el valor de los bienes y servicios a contratar. Las cotizaciones de los proveedores deberán incluir los mencionados componentes.*” (El resaltado es agregado).

⁶ De acuerdo con el criterio establecido en la Opinión N° 155-2016/DTN.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 El área usuaria podía remitir junto con su requerimiento una estructura de costos que reflejara aquellos elementos que incidían en el precio del bien o servicio requerido; de advertirse algún tipo error o incongruencia en dicho documento, el órgano encargado de las contrataciones y el área usuaria realizaban las coordinaciones pertinentes a fin de corregir aquellos extremos que correspondieran.
- 3.2 El hecho de que el área usuaria remitiera una estructura de costos junto con su requerimiento no enervaba, en forma alguna, la competencia y responsabilidad del órgano encargado de las contrataciones, puesto que este último era quien debía definir las fuentes que resultaran adecuadas para realizar el estudio de posibilidades que ofrecía el mercado y sobre la base de ello establecía los criterios para una correcta determinación del valor referencial.
- 3.3 La anterior normativa de contrataciones del Estado no establecía que las cotizaciones debían ser elaboradas bajo los mismos alcances que la estructura de costos remitida por el área usuaria junto con su requerimiento, de esta manera, al margen de lo detallado en la estructura de costos, los proveedores debían cumplir con elaborar las cotizaciones incluyendo todos aquellos conceptos que incidían en el valor total de la prestación. En consecuencia, la estructura de costos que se hubiera adjuntado al requerimiento tenía un carácter meramente referencial para la formulación de cotizaciones.

Jesús María, 9 de abril de 2019

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP.